Conférence des Bâtonniers

LE RÔLE DE L'ORDRE DANS LA PRATIQUE DE L'ACTE D'AVOCAT

L'Acte d'Avocat en droit commercial et des affaires

Rapport de Madame le Bâtonnier Michelle BILLET
Membre du Bureau de la Conférence des bâtonniers

Université d'été des barreaux
Nice - Grasse
Les 25, 26 et 27 septembre 2014

Références légales

■ ***Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques***

Article 66-3-1

« En contresignant un acte sous seing privé, l'avocat atteste avoir éclairé pleinement la ou les parties qu'il conseille sur les conséquences juridiques de cet acte. »

Article 66-3-2

« L'acte sous seing privé contresigné par les avocats de chacune des parties ou par l'avocat de toutes les parties fait pleine foi de l'écriture et de la signature de celles-ci tant à leur égard qu'à celui de leurs héritiers ou ayants cause. La procédure de faux prévue par le code de procédure civile lui est applicable. »

Article 66-3-3

« L'acte sous seing privé contresigné par avocat est, sauf disposition dérogeant expressément au présent article, dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi. »

■ ***Acte authentique***

« Écrit établi par un officier public (notaire par ex.), sur support papier ou électronique, et dont les affirmations font foi jusqu'à inscription de faux et dont les grosses, revêtues de la formule exécutoire, sont susceptibles d'exécution forcée. »

On connaissait l'acte authentique et l'acte sous seing privé. La loi du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques a instauré un troisième type d'écrit, **l'acte contresigné par avocat**.

Jusqu'en 2011, il n'existait dans notre droit que deux formes d'actes :

- **l'acte authentique**, établi par un notaire dont la qualité d'officier public confère au document date certaine et force exécutoire ;

- **l'acte sous seing privé**, rédigé et signé directement par les parties elles-mêmes ou par un tiers les représentant.

Afin d'offrir une sécurité juridique renforcée aux particuliers et aux entreprises, il a été imaginé par la profession une nouvelle catégorie d'acte sous seing privé, l'acte d'avocat, qui est **daté en toutes lettres et contresigné par le ou les avocats des parties**.

Par son contreseing, l'avocat atteste qu'il a pleinement informé ses clients des conséquences juridiques de l'acte. Il garantit ainsi la **réalité et l'intégrité du consentement** des signataires et engage sa responsabilité à ce titre.

L'acte d'avocat suppose que **toutes les parties** aient été assistées, soit chacune par leur propre conseil, soit par un avocat unique qui doit pouvoir justifier de son rôle de conseil commun.

L'avocat a enfin l'obligation de conserver et d'archiver les actes qu'il aura contresignés pour ses clients.

L'acte d'avocat : avantages

1/ L'acte d'avocat dispose d'une **force probante renforcée**.

Il « *fait pleine foi de l'écriture et de la signature* » des parties (art. 66-3-2 L. 28 mars 2011). L'avocat doit vérifier l'identité et la qualité des signataires. En apposant son contreseing, il **certifie l'origine de l'acte**.

Si l'une des parties prétend que sa signature ou son écriture a été contrefaite ou que son identité a été usurpée, elle devra respecter la **procédure de faux** prévue aux articles 299 à 302 du Code de procédure civile.

En revanche, ce même avocat n'attestera pas du contenu de l'acte qui constitue une spécificité de l'acte notarié (art. 1319 c. civ.), sous les importantes réserves que l'on connaît, à savoir que la force probante renforcée résultant de cette attestation « *ne vaut que pour les faits contenus dans l'acte dont le notaire a personnellement constatés dans le cadre de ses fonctions* »

2/Il sera également plus difficile de soulever la nullité de l'acte pour vice du consentement dans la mesure où chaque signataire a été assisté et est présumé s'être engagé en parfaite connaissance de cause.

3/ Autre avantage non négligeable, l'acte d'avocat est « ***dispensé de toute mention manuscrite*** *exigée par la loi* » (art. 66-3-3 L. 28 mars 2011). Le formalisme de nombreux actes s'en trouve sensiblement allégé et les risques de contestation réduits d'autant.

L'exemption de mention manuscrite s'applique notamment à la reconnaissance de dette *(art. 1326 Code civil),* à la renonciation à la condition suspensive d'un prêt immobilier (*art. L. 312-17 Code consommation),* à l'engagement de caution en garantie d'un crédit à la consommation ou d'un prêt immobilier (*art. L. 313-7 et L. 313-8 Code consommation*.), à l'engagement de caution en faveur d'un créancier professionnel *(art. L. 341-2 et L. 341-3 Code consommation.)* ou encore au cautionnement d'une dette de loyer d'un bail à usage d'habitation (*art. 22-1 de la loi du 6 juillet 1989*).

En résumé, c'est surtout un « marqueur de qualité »

L'acte d'avocat a pour fonction première de servir les intérêts du public dans une économie qui favorise un ample mouvement de libéralisation des services juridiques dont fait partie la rédaction d'actes pour autrui.
Face à la multiplication des sites internet qui proposent des modèles d'actes et à la multitude de personnes habilitées à instrumenter à titre principal ou accessoire, mais aussi en raison de sa fréquente incapacité à apprécier la qualité des prestations effectuées, ce public doit pouvoir disposer d'indicateurs qui lui permettent de se repérer face à une offre considérable et très diverse de prestataires de services

L'Autorité de la concurrence, saisie pour avis par les expert-comptables, a retenu qu'il constituait un instrument au service de la sécurité juridique qui pouvait être réservé aux avocats en raison de la spécificité de leur profession tenant à la fois à leur formation, leur déontologie et leur maîtrise du contentieux qui leur permet, mieux que d'autres professionnels, d'anticiper d'éventuelles difficultés rédactionnelles (avis n° 10-A-10 du 27 mai 2010).

L'acte d'avocat : son utilité

Dans un environnement où l'évolution et la technicité des règles de droit sont des facteurs d'instabilité et d'incertitude, l'acte d'avocat constitue une innovation appréciable et une garantie pour le justiciable car il apporte un facteur de **sécurité juridique**.

Il a vocation à intervenir dans tous les domaines du droit et concerne la plupart des actes et contrats qui jalonnent la vie des entreprises et des particuliers.

Son champ d'application couvre :

- le **droit de la famille** (pactes de famille, PACS, testament, ...),
- le **droit du travail** (contrat de travail, transaction, ...),
- le **droit immobilier** (bail d'habitation et bail commercial, promesse de vente, ...)

Et le droit de l'entreprise, pour de nombreux **contrats** (contrat de franchise, de distribution, de licence, de prestation de services, cession de fonds, ...) et **actes de société** (statuts, cession de parts, pacte d'actionnaires, garantie d'actif et de passif, ...).

Selon Jean-Jacques Uettwiller, membre du Conseil de l'Ordre du barreau de Paris. il est surtout utilisé pour les actes bancaires, les transactions de fin de contrat de travail et les cessions d'entreprises.

Il n'existe toutefois pas encore de statistiques en la matière.

L'acte d'avocat : ses conséquences

Il faut préciser que l'acte d'avocat ne crée pas de responsabilité supplémentaire pour l'avocat. Et à ma connaissance, aucun acte d'avocat n'a pour le moment été remis en cause.

ANNEXES

ANNEXE 1 / L'acte d'avocat : mode d'emploi issu du site du CNB

L'obligation de faire figurer une mention en fin d'acte pour bien caractériser l'acte d'avocat est évidente, d'autres mentions doivent être l'objet de toute l'attention de l'avocat rédacteur d'un acte d'avocat. Le contenu de chacune d'entre elle doit bien entendu faire l'objet de toutes les adaptations nécessaires compte tenu de chaque cas particulier.

Clauses-types.

Formules de contreseing obligatoires

Clause(s) relative(s) aux contrats synallagmatiques : cas où chaque partie est assistée par un avocat différent

Clause(s) relative(s) aux contrats synallagmatiques : cas d'un avocat rédacteur unique

Clause(s) relative(s) aux actes unilatéraux : partie assistée par un avocat

Autres clauses-types facultatives

Exemplaire unique : conservation de l'acte d'avocat

Clause de réitération par acte d'avocat

Clause de recours à une procédure participative

Clause de réitération par acte d'avocat

Les parties conviennent que le présent accord pourra être modifié à l'initiative de l'une ou de l'ensemble des parties par un nouvel acte d'avocat.

Commentaires spécifiques à la formule :

Cette clause, qui s'inscrit dans l'objectif de pérennisation de la clientèle civile, prolonge la sécurité juridique apportée par l'acte d'avocat à ses éventuels avenants. Exemplaire unique

Conservation de l'acte d'avocat

Par dérogation à l'article 1325 du Code civil, le présent acte a été établi en un seul exemplaire original (ci-après l' "Original") qui est confié par l'ensemble des parties signataire à la société d'avocat dénommée [_____] (ci-après le "Dépositaire"), dont le siège est à [_____], avec la mission de le conserver et d'en délivrer des copies certifiées conformes aux parties sur leur simple demande. Le Dépositaire ne pourra se dessaisir de l'Original que sur instruction conjointe des parties signataires ou sur décision de justice exécutoire.

D'ores et déjà, une copie certifiée conforme est délivrée à chacune des parties.

Les parties ont été informées que la conservation pourra à l'avenir être numérisée sous contrôle du Conseil National des Barreaux, et acceptent que Me [_____] avocat au barreau de [_____], mandaté par toutes les parties procède aux formalités nécessaires à cette conservation, à charge pour lui d'en informer chacune des parties.

Commentaires spécifiques à la formule :

L'article 1325 du Code civil impose que chaque partie signataire d'un acte synallagmatique reçoive un exemplaire original de l'acte. Cependant, ces dispositions ne sont que supplétives de volonté (Cass civ 3, 5 mars 1980), de sorte qu'il est toujours possible d'y déroger, notamment en convenant que l'original sera détenu par un tiers, en l'occurrence le rédacteur de l'acte, à charge pour lui d'en délivrer copie, éventuellement certifiée, dans les conditions prévues au contrat.

La convention dérogatoire à l'article 1325 du Code civil pourra ainsi charger l'avocat rédacteur d'assurer la conservation de l'acte d'avocat pour le compte de l'avocat ou des avocats contresignataires.

Dans la perspective de la mise en place d'une solution de conservation collective, il est utile de prévoir que l'avocat pourra transférer sa mission de conservation à l'organisme qui sera désigné par la profession, et à cette fin, pourra procéder au transfert de l'original en sa possession à cet organisme aux conditions et normes de sécurité imposées pour cette conservation collective.

Clause(s) relative(s) aux actes unilatéraux : Partie assistée par un avocat

Maître [_____] avocat au barreau de [_____], conseil du signataire, après avoir donné lecture de cet acte à son signataire et recueilli sa signature sur ledit acte, à la date mentionnée ci-après, le contresigne avec son avec son accord. Conformément à l'article 66-3-1 de la loi du 31 décembre 1971, ce contreseing atteste que l'avocat contresignataire a pleinement éclairé le signataire de l'acte sur les conséquences juridiques de celui-ci, ce qu'il reconnait. L'avocat contresignataire de cet acte a personnellement vérifié l'identité et la capacité du signataire.

Le présent acte est établi sur [_____] pages, sans renvoi en marge, ni altération, ni mot rayé.

Commentaires spécifiques à la formule :

Les articles 66-3-1 et suivants ne consacrent aucune définition de l'acte d'avocat. Une réponse ministérielle du 19 juillet 2011 indique « qu'aucune restriction quant au champ des actes qui pourront faire l'objet d'un tel contreseing ».

On peut donc en déduire que l'acte unilatéral entre pleinement dans le champ d'application de l'acte d'avocat, qu'il soit ou non créateur de droit. Il en résulte donc qu'un testament peut être rédigé par acte d'avocat. Cette conception extensive justifie également que l'acte d'avocat puisse concerner les actes recognitifs (reconnaissance de dettes, reconnaissance de dons manuels).

Notes et commentaires communs aux formules de contreseing obligatoires :

Précautions générales

L'identité des parties doit être conforme à celle indiquée en tête de l'acte. En droit de la famille, il est recommandé de disposer d'un acte de naissance pour chacune des parties.

Avant de contresigner l'acte, l'avocat doit aussi s'assurer que les parties soient en mesure de signer l'acte en vérifiant qu'elles ne sont pas placées sous un état de protection (tutelle, curatelle renforcées par exemple), ni en état de cessation de paiement.

De même, il est recommandé aux avocats de vérifier la chaine de délégation des pouvoirs en se faisant notamment remettre ou en remettant un pouvoir signé devant un avocat ou une signature légalisée.

Observations en matière de blanchiment

L'attention des avocats contresignataires doit être attirée sur les obligations imposées par le dispositif anti-blanchiment.

L'obligation de prudence inscrite à l'article 1.5 du RIN impose de ne pas conseiller son client s'il n'est pas en mesure :

- d'apprécier la situation décrite;

- de déterminer à qui ce conseil ou cette action est susceptible d'être destinée;

- d'identifier le client.

Parallèlement, l'obligation de vigilance fixée par la 3e directive anti-blanchiment du 26 mai 2005 transposée par l'ordonnance du 31 janvier 2009 (art. L. 561-1 et s. CMF) doit amener chaque avocat contresignataire à rechercher :

- le bénéficiaire effectif de l'opération,

- la réalité de l'opération économique,

- l'identité réelle du client qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale

Il importe donc que chaque cabinet réfléchisse à la mise en place de procédures de contrôle et d'alerte, ce qui passe notamment par la collecte de pièces d'identité pour les personnes physiques, d'extrait KBIS pour les personnes morales et des statuts des structures sociales etc. En présence d'une société étrangère, il sera utile de solliciter une lettre d'opinion émise par un avocat. Ces documents seront actualisés au fur et à mesure de l'avancement des travaux.

Clause(s) relative(s) aux contrats synallagmatiques : Cas d'un avocat rédacteur unique

Maître [_____], avocat au barreau de [_____] conseil de [_____], a été mandaté par toutes les parties pour rédiger le présent acte, après qu'il leur ait préalablement donné avis de la possibilité que chacune d'elles soit assistée par un avocat distinct. En conséquence, après avoir donné lecture de cet acte aux parties et recueilli leurs signatures sur ledit acte, à la date mentionnée ci-après, Maître [_____] le contresigne, avec l'accord des parties. Conformément à l'article 66-3-1 de la loi du 31 décembre 1971, ce contreseing atteste qu'il a pleinement informé l'ensemble des parties sur les conséquences juridiques de cet acte, ce que celles-ci reconnaissent, chacune pour ce qui la concerne. L'avocat contresignataire de cet acte a personnellement vérifié l'identité et la capacité des signataires.

Le présent acte est établi sur [_____] pages, sans renvoi en marge, ni altération, ni mot rayé.

Commentaires spécifiques à la formule :

Cette clause couvre l'hypothèse de l'avocat rédacteur unique, à la demande des deux parties, et dont il est clairement convenu et accepté par tous qu'il soit le conseil commun. Cette situation suppose cependant que l'avocat ait en amont géré la problématique du conflit d'intérêts, et notamment, qu'il ait informé toutes les parties de la possibilité (et de leur intérêt) d'être et de se faire conseiller par un autre avocat comme l'impose déjà l'article 7.2 du RIN.

Dans cette situation, l'avocat ne doit pas se contenter de l'accord des parties qui, à ce titre, permet à l'avocat de se maintenir (art. 4.1, al. 1 du RIN). En sa qualité de rédacteur unique, il appartient à l'avocat d'informer les parties sur la portée des engagements souscrits et de veiller à l'équilibre des intérêts des parties (art. 7.2, RIN).

La gestion en amont du conflit d'intérêt doit aussi tenir en compte des éventuelles conséquences en termes de responsabilité civile professionnelle qui résulteront de cette situation de rédacteur unique. Certaines décisions de jurisprudence retiennent en effet la responsabilité de l'avocat qui, pour avoir été le conseil des deux parties, se voit reprocher son manque d'indépendance dans le conseil donné à la partie requérante.

En tout état de cause, si l'avocat n'est pas en mesure d'être le conseil des deux parties, il devra renoncer à contresigner l'acte. Une réponse ministérielle du 19 juillet 2011 est venue préciser que les articles 66-3-1 et suivants du Code civil ne sont applicables que si toutes les parties à l'acte sont représentées par un avocat.

CLAUSE(S) RELATIVE(S) AUX CONTRATS SYNALLAGMATIQUES

Cas où chaque partie est assistée par un avocat différent

Maître [_____] avocat au barreau de [_____], conseil de [_____] et Maître [_____], avocat au barreau de [_____] conseil de [_____], après avoir donné lecture de cet acte aux parties et recueilli leurs signatures sur ledit acte, à la date mentionnée ci-après, le contresignent, avec l'accord des parties. Conformément à l'article 66-3-1 de la loi du 31 décembre 1971, ces contreseings attestent que chacun d'eux a pleinement éclairée la partie qu'il conseille sur les conséquences juridiques de cet acte, ce que les parties reconnaissent, chacune pour ce qui la

concerne. Chacun des avocats contresignataires de cet acte a personnellement vérifié l'identité et la capacité des signataires.

1 - Lecture de l'acte :

La signature de l'avocat, comme celle des parties, ne peut se concevoir qu'après lecture de l'acte et surtout des mentions qui, dans un acte sous seing privé, devraient être manuscrites.

Cette exigence n'a rien de désuet alors même que des projets d'acte auraient été remis aux parties avant la signature : l'expérience démontre que l'ultime relecture est souvent l'occasion de compléments ou modifications qui ne sont pas toujours de détail ; mais surtout la signature d'un acte juridique n'est pas une simple formalité et la solennité apportée à la signature ne peut que contribuer au respect de ce que doit représenter la souscription d'un engagement juridique.

La lecture de l'acte avant sa signature sera donc tout à la fois utile, en ce sens qu'elle concrétisera l'obligation d'information de l'avocat sur les conséquences juridiques des engagements souscrits, et valorisante car permettant de faire comprendre la substance de la prestation juridique. La signature d'un acte ne doit pas être réduite à sa seule dimension formelle mais au contraire « solennisée » : l'explication des clauses sensibles doit être l'occasion pour l'avocat ou les avocats d'expliquer l'adéquation des stipulations retenues par rapport au contexte de l'opération et au but poursuivi par les parties.

Il sera de bonne pratique de faire mention de cette lecture dans l'acte lui-même.

2 - Apposition du sceau :

Cette pratique contribuera à mieux identifier l'acte d'avocat par rapport aux autres ; il n'est cependant pas envisageable d'en faire une obligation, et ce n'est que par l'usage et le temps que l'effet attendu sera obtenu.

3 - Présentation et formalisme matériel de l'acte :

Toutes précautions devront être prises pour que l'acte soit dans sa présentation « soigné » et que les ajouts, ratures, renvois soient correctement approuvés par les parties ; une reliure inviolable pourra être envisagée pour éviter le paraphe de chaque page.

Paraphes de bas de pages

Chaque page doit être paraphée, sauf utilisation d'un procédé de reliure inviolable de l'acte. Les possibilités qu'offrent actuellement les traitements de texte et les photocopies rendent indispensables une identification incontestable du document signé par les parties.

Il ne serait en revanche pas inconcevable qu'un seul original soit établi et que copie en soit délivrée dans les conditions que l'acte lui-même pourrait prévoir.

Il est exact que la signature matérielle de certains actes en autant d'exemplaires que de parties signataires peut devenir un exercice fastidieux susceptible de nuire à la compréhension de ce que représente une signature.

La convention devra alors comprendre les stipulations propres au nombre d'exemplaires et aux

conditions dans lesquelles copies en seront délivrées.

Paraphes assurant l'intégrité

Chaque renvoi, rature, ou surcharge doivent être paraphés : l'intégrité du texte est à ce prix et il faut éviter toute ambiguïté qui pourrait devenir objet de contestation.

Datation

En pure technique contractuelle, il est parfaitement admis que l'acte porte plusieurs dates, c'est-à-dire qu'il soit signé à des moments différents alors même que les parties ne seraient pas présentes concomitamment. Cette possibilité peut se concevoir pour un acte d'avocat sous la condition que le contreseing de l'avocat reste bien apposé en même temps que la signature du contractant dont l'avocat est le conseil.

Archivage et conservation

Pour faciliter l'archivage et la conservation des actes d'avocat, il sera utile d'indexer l'acte dès sa signature par les différents critères que constituent sa date, le nom de chacune des parties, l'objet du contrat, la localisation des biens faisant éventuellement l'objet de la convention. Des résumés et mots clés devront être choisis au cas par cas cette aux fins d'indexation pour faciliter les recherches ultérieures.

4 - Remise d'un exemplaire par partie :

Il est bien clair que conformément aux principes généraux, chaque partie signataire doit recevoir un exemplaire original conformément à l'art. 1325 du code civil, observation étant faite que ces dispositions ne sont que supplétives de volonté et qu'il est possible d'y déroger (Civ. 3éme, 5 mars 1980, Bull. Civ, III, n° 52), en convenant que l'original serait détenu par un tiers, le rédacteur le plus souvent, à charge pour lui d'en délivrer copie dans les conditions prévues au contrat.

La convention des parties sur le contreseing de l'avocat, chargeant ce dernier de la conservation de l'acte, devrait logiquement déroger à l'art. 1325 du code civil ; les opérations matérielles de signatures seraient ainsi simplifiées et les parties garanties d'un accès pérenne à la convention qu'ils ont signée. Cette pratique se mettra assez naturellement en place lorsque la profession aura organisée une conservation centralisée, sous l'égide du Conseil national des barreaux, vraisemblablement électronique, définissant dans un cahier des charges les modalités pratiques de cette conservation, les droits d'accès des avocats et surtout les conditions dans lesquelles ces derniers pourront en délivrer des copies. L'acte d'avocat sera ainsi conservé pour le compte de l'avocat ou des avocats ayant contresigné.

Dans l'attente de cette mise en place, il est nécessaire que chaque avocat assure lui-même la conservation de l'acte. Dans cette perspective, mieux vaut conserver le principe de l'art. 1325 du code civil en prévoyant, sauf circonstances particulières, un exemplaire pour chaque partie contractante et un exemplaire par avocat ayant contresigné. Si un seul avocat a contresigné, il ne devrait pas avoir le pouvoir de se dessaisir de l'original, ce qui est une raison supplémentaire de prévoir un original par partie contractante.

Il sera cependant utile de prévoir dès maintenant que l'avocat pourra transférer sa mission de conservation dans le cadre de la conservation collective qui sera mise en place par la profession, et à

cette fin se voir confier, sous le contrôle des parties, la réalisation du transfert de l'original en sa possession à l'organisme désigné par la profession et aux conditions et normes que celle-ci aura mise en place.

5 - Mentions obligatoires et mentions manuscrites :

Mentions manuscrites :

Pour couper court à toute difficulté d'interprétation ou d'application de la dispense de mention manuscrite qu'autorise l'acte d'avocat (art. 63-3-3 de la loi), et dans l'esprit de cette dispense, l'acte pourrait reprendre le contenu et les termes exigés pour la mention manuscrite elle-même, l'information donnée par l'avocat sur le contenu de ces mentions intégrées à l'acte se substituant à l'exigence de la forme manuscrite de celles-ci. Cette précaution permettrait d'éviter tout risque d'ajout postérieur à la signature de l'acte de mention qui tenterait d'engager frauduleusement une partie au paiement d'une quelconque somme d'argent.

Mentions obligatoires :

Lorsqu'un ou plusieurs avocats envisagent de contresigner l'acte, il faut que ce dernier en fasse expressément mention. Il serait à ce titre souhaitable que le titre « Acte d'avocat » figure en tête de la comparution des contractants et qu'une mention spéciale figure en fin d'acte sous un libellé explicite.

6 - Vérifications incombant à l'avocat et formalités subséquentes :

Le concours de l'avocat à la rédaction de l'acte d'avocat ne le dispense pas de ses obligations déontologiques relatives à sa qualité de rédacteur d'acte telles qu'elles sont décrites dans les dispositions du RIN relatives à la rédaction d'acte et notamment la vérification de la licéité de l'acte en cause et de la détermination du bénéficiaire effectif de l'opération, en application des dispositions du code monétaire et financier relatives à la lutte contre le blanchiment d'argent.

Il est bien évident que dans le cadre de sa mission, l'avocat se doit de procéder aux vérifications nécessaires à la validité de l'acte, notamment en ce qui concerne l'identité, la capacité et les pouvoirs des parties contractantes ou de leur représentant.

Il incombe enfin à l'avocat qui contresigne de procéder, sauf dispense expresse par la ou les parties concernées, aux formalités subséquentes.

ANNEXE 2

La conservation de l'acte d'avocat :

Par le Bâtonnier Michel Bénichou, Vice-président du CCBE

L'acte contresigné par avocat sera obligatoirement conservé. Cette conservation constitue une obligation déontologique des avocats.

Une obligation individuelle

Le Cabinet devra s'organiser pour avoir un relevé des actes contresignés par avocat (minutier).

* Chaque acte d'avocat établi devra être porté sur ce registre avec la date, les noms des parties, le thème de l'acte (bail commercial, transaction, compromis de vente, ...).
* L'acte devra être conservé par l'avocat ou sa structure
* Naturellement, en cas de départ de l'avocat de la structure ou de séparation des avocats, chaque avocat pourra récupérer les actes qui comporteront sa signature.
* En cas d'omission et de radiation, l'Ordre interviendra pour trouver la solution adéquate quant à la conservation de ces actes.

Une obligation collective

La profession s'organise quant à la conservation collective des actes :

* Cette conservation sera à terme liée à la signature électronique et fera partie des services proposés à partir de la plateforme e-barreau.
* Toutefois, il pourra y avoir une conservation physique ou par acte scanné.
* Tout sera facilité aux fins de permettre aux avocats d'adresser 4 actes d'avocat avec les éléments d'identification suffisants pour mettre en place une conservation collective de l'acte.
* Un coût minime pourra être sollicité (droit d'archivage) pour permettre cette conservation sur une longue durée et la récupération à tout moment par le Cabinet d'avocat ayant contresigné l'acte ou son successeur dans l'intérêt du client.

Le Conseil national des barreaux et le groupe de travail poursuit sa réflexion sur la mise en œuvre d'une conservation individuelle et collective des actes d'avocats qui, à moyen terme, passera par une conservation électronique et centralisée pour garantir la sauvegarde et l'intégrité des actes, et permettre la délivrance de copies.

ANNEXE 3

De la création à l'exportation de l'acte d'avocat en Europe et à l'international

Par le Bâtonnier Michel Bénichou, Vice-président du CCBE

La loi 2011-331 du 28 mars 2011 a inséré dans la législation française, loi du 31 décembre 1971 consacrée à la profession d'avocat, trois articles nouveaux fondant un nouvel acte, situé entre l'acte authentique et l'acte sous-seing privé : l'acte contresigné par avocat, dénommé, habituellement, « L'acte d'avocat ». Ce texte codifie une pratique séculaire des avocats. Il a toujours existé des actes conçus, rédigés, négociés et signés avec l'assistance juridique des avocats. Le législateur français a donné un contour précis et novateur à cet acte. Il vise à construire une nouvelle norme aux fins d'obtenir plus d'efficacité et de sécurité juridique. En effet, chaque jour, dans le monde, les particuliers, les hommes d'affaires, les personnes morales, les collectivités territoriales prennent des engagements lourds de conséquence : emprunts, cautions, transactions, contrats divers d'achat de location, de vente.

Dans la grande majorité des cas, ils le font sans avoir pris conseil, en ayant recours à des actes sans formalisme. Ils utilisent l'acte sous seing privé, simple écrit que toute personne peut établir sur un coin de table et dont la force juridique est nécessairement fragile. Cet acte est facilement contestable. Cela entraine de nombreux contentieux.

Face à cette augmentation des contentieux, il faut accroitre la sécurité juridique des contrats. Tel est l'objet de l'acte d'avocat. C'est également un instrument de concurrence internationale au service d'un système juridique de droit civil.

1) Quelle est la définition de l'acte d'avocat ?

Le législateur n'a pas souhaité délimiter l'acte d'avocat. Il s'agit d'un acte juridique. Il n'est pas authentique mais surtout il est caractérisé par son contreseing : « *En contresignant un acte sous seing privé, l'avocat atteste avoir éclairé pleinement la ou les parties qu'il conseille sur les conséquences juridiques de cet acte* » (article 66-3-1 de la loi du 31 décembre 1971). Pour ce faire, il va donc signer, accompagné de la ou des parties, cet acte. C'est toute l'originalité de l'acte d'avocat qui repose sur le lien indissociable que le législateur a voulu établir entre la rédaction et le conseil de l'avocat et cet acte. Le contreseing de l'acte ne peut se concevoir si l'avocat n'a pas pleinement exercé son rôle de conseil.

2) Quel est le rôle et l'apport de l'avocat dans l'acte contresigné par ses soins ?

L'avocat conseille la ou les parties qu'il assiste. Il doit totalement les éclairer sur l'acte qu'ils vont signer et les obligations qui en découlent. C'est une obligation retenue par la jurisprudence. L'avocat assure la validité et la pleine efficacité de l'acte selon les prévisions des parties. Ainsi, pour l'avocat, la sécurité juridique ne s'arrête pas à la seule validité. Elle comprend l'efficacité et surtout la recherche de la satisfaction des parties quant à ce qu'elles attendent de l'acte et notamment du contrat. C'est en cela que l'acte d'avocat a sa supériorité par rapport aux nombreux actes de la vie courante et notamment de la vie des affaires élaborés et souvent signés trop rapidement et sans vérification de leur pertinence par rapport aux objectifs des parties. L'acte d'avocat est donc une réponse au besoin évident de sécurité juridique laquelle passe par la contractualisation des relations économiques. Toutefois, ce besoin de sécurité existe également dans les rapports entre bailleur et locataire, conjoints dans le cadre d'une liquidation de communauté mobilière, …

Les avocats français ne bénéficient pas et ne bénéficieront pas comme les avocats portugais ou roumains de la possibilité de créer de véritables « actes authentiques d'avocat ». La loi portugaise récemment modifiée a fait en sorte que, dans nombre de domaines, les actes établis par les avocats soient l'équivalent de ceux établis par les notaires.

La loi roumaine, entrée en vigueur le 1er janvier 2009, prévoit également que les actes établis par les avocats roumains pourront concurrencer les actes des notaires.

En Autriche, on connait également certains actes (« disposition de malade » établi par l'avocat qui a la valeur de l'acte authentique.

En France, avant l'acte d'avocat, il n'existait que le mandat de protection future, établi pour la protection des majeurs incapables, qui pouvait être contresigné par l'avocat et lui donner une garantie indéniable.

3) Quelle est la valeur de cet acte ?

L'article 66-3-2 de la loi du 31 décembre 1971 dispose que : « *L'acte sous seing privé contresigné par les avocats de chacune des parties ou par l'avocat de toutes les parties fait pleine foi de l'écriture et de la signature de celles-ci tant à leur égard qu'à celui de leurs héritiers ou ayants cause. La procédure de faux prévue par le code de procédure civile lui est applicable.* »
L'avocat, en signant, va attester avoir éclairé les parties qu'il conseille sur les conséquences juridiques de l'acte. De surcroit, l'acte contresigné par les avocats de chacune des parties ou pour l'avocat de toutes les parties fait pleine foi de l'écriture et de la signature de celles-ci tant à leur égard qu'à celui de leurs héritiers ou ayant-causes. Seule la procédure de faux peut être engagée. Cela donne une sécurité quant à l'écriture et la signature qui ne peuvent plus être remises en cause sauf dans des conditions précises ou au travers de ladite procédure de faux en écritures.
La force probante de l'acte d'avocat est identique à celle de l'acte authentique. L'article 1322 du Code civil dispose que : « *L'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique.* »
L'acte d'avocat est donc désormais équivalent à un acte légalement tenu pour reconnu et il produit à cet égard les mêmes effets que l'acte authentique. Il reste attaquable pour la procédure de faux prévue par le Code de procédure civile, celle-ci est très voisine de celle de la reconnaissance d'écriture pour l'acte authentique.
Il existe donc une présomption légale de pleine foi qui découle de l'article 66-3-2. La personne qui conteste être le signataire d'un tel acte devra prouver qu'il s'agit d'un faux.

Par ailleurs, le contreseing de l'avocat concerne le corps de l'acte (d'écriture) comme la ou les signatures. Il donne pleine foi à l'acte en tant que preuve littérale. Il est identique, sur ce point, de l'acte authentique qui est également, aux yeux de l'article 1319 fait « pleine foi » de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes, leurs héritiers ou ayant-causes.

C'est par ailleurs, un acte dispensé de mention manuscrite. L'article 66-3-3 prévoit que « L'acte sous seing privé contresigné par avocat est, sauf disposition dérogeant expressément au présent article, dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi. »

Cela est directement lié à la participation de l'avocat à l'acte tel que prévu par l'article 66-3-1.

Dès lors, les mentions manuscrites prévues par la loi n'ont pas à s'appliquer puisque leur objectif est de s'assurer que le signataire, pour certains actes qu'il estime importants, a compris le sens et la portée de son engagement. En l'espèce, le consentement a été éclairé par l'avocat qui a rédigé l'acte. La mention manuscrite n'a pas, effectivement, d'intérêt.

L'Autorité de la Concurrence, autorité indépendante, ne s'y est pas trompée. Elle avait été saisie pour donner son avis sur le projet de loi concernant l'acte d'avocat. Elle l'a rendu le 27 mai 2010 et indique : « *l'introduction du contreseing d'avocat des actes sous-seing privé semble répondre à un objectif d'intérêt général… consistant à renforcer la sécurité juridique des actes des entreprises et à prévenir les contentieux. L'objectif de sécurité juridique accrue attribuée au contreseing pourrait justifier que ce dernier soit réservé à des professionnels du droit dont la matière juridique constitue l'activité principale ». « Les avocats sont soumis à des règles déontologiques spécifiques dans le cadre de la rédaction d'actes sous-seing privé qui imposent à l'avocat rédacteur d'un acte juridique d'assurer la validité et la pleine efficacité de l'acte selon les prévisions des parties et de veiller à l'équilibre des intérêts des parties ». « Enfin, le principe d'indépendance, la prise en compte spécifique des conflits d'intérêt et*

l'obligation d'assurer le plein effet de l'acte selon l'ensemble des prévisions des parties qui s'imposent à l'avocat, de même que la qualité d'auxiliaire de justice qui lui confère une expérience du contentieux, constituent les garanties d'intégrité et d'expérience de nature à répondre de façon adaptée à l'objectif de renforcement de la sécurité juridique ».

4) Quelles sont les obligations de l'avocat ?

L'avocat doit assister personnellement à la signature de l'acte et il ne peut déléguer sa signature ni à un clerc, ni à un avocat collaborateur de son cabinet. L'avocat doit vérifier l'identité des signataires en se faisant présenter une pièce d'identité et, le cas échéant, doit vérifier leur capacité en se faisant remettre les justificatifs des pouvoirs statutaires ou les procurations dont il devra conserver une copie à son dossier. Il se porte témoin assermenté des faits qu'il déclare avoir personnellement constatés.
L'avocat certifie, d'une certaine façon, les dates à auxquelles les signatures ont été apposées. Mais, la loi du 28 mars 2011 n'a pas modifié les règles concernant la date certaine d'un acte sous-seing privé.

Les avocats n'auront pas une responsabilité accrue du fait de cette signature. D'ores et déjà, leur responsabilité est importante lorsque l'on conseille et rédige un acte. L'avocat rédacteur a une obligation d'efficacité. La jurisprudence française a développé une responsabilité au titre du devoir de conseil et une obligation d'information.

Le lien entre prestation d'information et de conseil et rédaction d'acte était déjà inscrit dans le Règlement Intérieur National à l'article 7-2 « L'avocat rédacteur d'un acte juridique assure la validité et la pleine efficacité de l'acte selon les prévisions des parties. » La sécurité juridique comprend donc également l'efficacité et la recherche de la satisfaction des parties quant à ce qu'elles attendent du contrat. L'acte d'avocat doit donc correspondre aux objectifs des parties.

Un avocat devra donc favoriser un dialogue concret entre les parties qui lui permettra de traduire en terme juridique la manière dont les cocontractants envisagent et souhaitent gérer l'exécution du contrat.

Par ailleurs, la valeur de l'acte d'avocat tient également à son encadrement déontologique. Cet encadrement peut ainsi être décliné :

La première exigence est la compétence.

Cela fait partie des principes essentiels qui régissent la profession quel que soit les lieux et pays.

La deuxième exigence est celle relative à l'indépendance des avocats qui contresignent puisqu'il est en même temps conseil de ses clients.

Cela garantit la partie contractante que la convention répond à ses attentes et que l'avocat a tout mis en œuvre pour aménager au mieux ses intérêts dans sa position contractuelle. Cela va entrainer une prévention et une gestion des éventuels conflits d'intérêts. Cette gestion doit être renforcée lorsque l'avocat est le rédacteur unique de l'acte.

Comme rédacteur unique, la première tâche de l'avocat sera d'indiquer, à la partie que ne l'a pas choisi, qui n'est pas son client, de l'intérêt qu'elle a à se faire assister par un autre avocat. Puis, si tel n'est pas le cas, il devra être d'une extrême prudence dans la rédaction et l'avocat devra cesser son concours aux deux parties s'il ne s'estime pas en mesure de remplir sa mission.

La question de conflit d'intérêt est moindre lorsque chacune des parties est assistée de son avocat.

Le Conseil National des Barreaux a rédigé un certain nombre de clauses qui sont utilisables aux fins de donner à cet acte la solennité qui s'impose.

Par ailleurs, il existe un sceau établi par le Conseil National des Barreaux qui sera apposé à côté du contreseing de l'avocat. Ainsi, l'acte sera identifié comme acte d'avocat. Il doit faire l'objet d'une lecture avant sa signature aux fins de vérifier la bonne compréhension de chaque cocontractant. Chacun doit avoir un nombre d'exemplaire en intégrant le service de conservation des actes. Il faut espérer que, dans les mois ou années qui viennent, l'acte d'avocat soit établi en un unique original et que l'avocat puisse faire des copies.

L'acte contresigné par avocat est donc un facteur de réduction du nombre de procès. Certains procès résultent de contestations sur les engagements pris par les particuliers. La présence d'un avocat qui éclaire les parties peut permettre de lutter contre cette inflation judiciaire.

Par ailleurs, en aucun cas, l'acte contresigné ne remet en cause l'acte authentique ou porte atteinte aux intérêts du notariat. Les notaires bénéficient d'un monopole pour un grand nombre d'acte dont les actes de ventes immobilières et ce monopole représente 90 % de leur activité. L'acte d'avocat ne remet pas en cause ce monopole.

En revanche, il constitue une excellente alternative pour le législateur. Parfois, celui-ci – pour protéger particulièrement un acte ou une personne ou un groupe de personnes vulnérables – considérait qu'il devait être signé sous la forme d'un acte authentique.

Dorénavant, il pourra proposer la signature par acte authentique ou par acte d'avocat ou par ces deux moyens. Cela a failli être le cas pour la cession de la majorité des parts d'une Société Civile Immobilière (loi ALUR mars 2014). Finalement, au dernier moment, compte-tenu d'une querelle inutile entre notaires, experts-comptables et avocats, le législateur a renoncé à établir un texte protecteur concernant ces cessions de parts sociales majoritaires dans les Sociétés Civiles Immobilières.

5) Quel est le système de conservation de cet acte ?

La loi du 28 mars 2011 ne prévoit aucune obligation de conservation. Toutefois, les avocats qui ont signé cet acte, vont le conserver dans leur cabinet. Cela est imposé par la confiance du client. Le successeur de l'avocat devra également conserver les actes de son prédécesseur.

Actuellement, un premier système vient d'être mis en place concernant la conservation des actes papier. Cette conservation est assurée par un système créé par la Conférence des Bâtonniers et le Barreau de Paris. On conserve un exemplaire original papier reçu par la poste. On le numérise. On retourne une copie du papier par la poste à la demande de toutes parties ou avocats si nécessaire et sous demande. Ce système est déjà en place.

Parallèlement, le Conseil National des Barreaux travaille à une gestion électronique de la conservation des actes d'avocat par l'intermédiaire du réseau privé virtuel avocat « RPVA » et « e-barreau ».

Les bénéfices seront importants :

- date certaine de tous les actes signés par horodatage,

- identification certaine par e-barreau : avocat inscrit à un ordre,
- accès à une copie numérique fiable en ligne,
- processus de signature simple et sécurisée – signature électronique – pour l'acte natif,
- conservation sécurisé et garantie de restitution de l'acte.

La notion de signature électronique est fondamentale puisqu'elle sera sécurisée. Ainsi, l'acte pourra être signé grâce à un certificat qualifié.

Cet archivage électronique permet de bénéficier des articles 1316-2, 1316-3, 1316-4 du Code civil qui valident législativement cette copie numérique. Ces articles sont complétés par le décret du 30 mars 2001 relatif à la signature électronique.

La gestion et à la conservation électronique se fera par le Conseil National des Barreaux.

6) Quels sont les domaines d'application ?

Les applications pratiques de l'acte d'avocat sont multiples et répondent aux besoins juridiques des familles et des particuliers, la rédaction de contrat de famille, d'actes concernant le choix de résidence habituelle des enfants, l'organisation matérielle de la vie des enfants, le mandat de protection future, les dispositions testamentaires, les liquidations de régime matrimonial sans immeubles. Dans le domaine du droit immobilier, les applications sont multiples (baux d'habitation, baux commerciaux, baux ruraux, actes de cautionnement, compromis de vente, …). Il en est de même dans le droit de l'entreprise pour les actes d'acquisition ou les cessions de fonds de commerce, les cessions de parts sociales, les reconnaissances de dette, les contrats commerciaux et dans le droit du travail pour les protocoles transactionnels, les contrats de travail, les accords de fin de conflit ou les ruptures conventionnelles. Enfin, cela jouera pour toutes les transactions en matière de droit bancaire et des assurances. Compte-tenu de sa force probante spécifique et du conseil donné par l'avocat, l'acte renforce la validité, l'efficacité et la qualité du document contresigné.

7) Quel est le sort de cet acte sur le plan européen et international ?

Le droit est vecteur de concurrence. Les anglo-saxons ont bien compris qui ne ménagent aucun effort pour imposer leur système juridique. L'acte authentique n'est pas utilisé en droit des affaires parce qu'il n'est pas adapté à ce contexte. Il est inconnu des anglo-saxons et des pays scandinaves ainsi que certains pays d'Europe centrale.
L'acte contresigné par avocat nous donnera un nouvel instrument de concurrence par rapport à ceux dont disposent les avocats de « Common Law ». Il permettra de rétablir l'équilibre face aux autres systèmes juridiques.

Le droit continental doit être défendu. On doit donc donner aux avocats qui le pratiquent de nouveaux instruments de concurrence.
Actuellement, les italiens réfléchissent à l'intégration, dans leur droit, de cet acte d'avocat.
Les belges ont déjà franchi le pas en 2013 (loi du 29 avril 2013). C'est un acte d'avocat totalement semblable à celui du droit français qui a été voté.

Il convient maintenant d'exporter encore cet acte.

Michel Bénichou
Vice-président du CCBE

Jeudi 17 Avril 2014